

## 危険負擔における歸責事由の一考察

—— 民法第五三六條第二項と勞働基準法第二六條に關連して ——

島 田 信 義

### 一 問題の所在

危険負擔における歸責事由の研究については、つとに淺井博士が一連の研究を發表せられておられる。<sup>(一)</sup>しかしながら、博士の豊富な研究にもかかわらず、なおあらゆる問題を論じつくしえないのは、こと柄の性質上、當然のことのように思われる。そこで、わたくしはそのようなもの一つとして、民法第五三六條第二項と勞働基準法第二六條とが交錯する部分について、改めて検討を加えてみるのも無意味ではないと考えているのである。

そこで、問題はつぎのような形で提起される。すなわち、工場焼失・機械の破損・原材料の缺乏などの經營上の障害や部分ストあるいは無効な解雇等々の理由から、使用者が休業（就勞希望者の就勞を拒否すること）を實施した場合に、勞働の意思と能力をもち、しかも勞務給付の準備を完了していた勞働者は、勞務給付を實現しえないことにより、自己の有する反對給付（賃金請求權）にいかなる影響をうけることになるのであろうか。この問題は、なによりもまず、右の休業が民法第五三六條第二項に規定する「債權者ノ責ニ歸スヘキ事由」に内包されるものであるのか、という形式

で解決を迫られるわけである。しかるに、この民法第五三六條第二項と並んで労働基準法第二六條は、「使用者の責に歸すべき事由による休業の場合においては、使用者は、休業期間中當該労働者に、その平均賃金の百分の六十以上の手當を支拂わなければならない」との規定をおいている。そのため、この問題の解決にあたつては、どうしても、兩者の規定の統一的な把握がその前提條件として考慮されなければならないのである。したがつて、ここで決定的に重要性をもつてくると思われること柄は、民法および労働基準法の規定する「責に歸すべき事由」の範圍いかにいう問題になるわけである。

ところで、この點に關する學說・判例の傾向は、きわめて概括的にいつて、大きく二分されているようである。すなわち、民法第五三六條第二項の歸責事由と労働基準法第二六條のその範圍は同一であるとみる説と、労働基準法第二六條の歸責事由の範圍のほうが民法第五三六條第二項のそれよりも廣いとみる説とがそれである。前説は双方の歸責事由の範圍を民法の通説的見解である債權者または使用者の故意・過失および信義則上これと同視すべきものに限定し、労働基準法第二六條の法意をたかだか受領遲滞の責を問う場合に必要とされる勞務の辨濟の提供を不要ならしめる點に見出すとか、あるいは「強行法規としてのこの法律で平均賃金の百分の六十迄は労働者に不利な特約を禁止し、罰則付きでその義務の履行を保障していることには十分の意義がある」と考えるものである。これに反して、後説の見解は、<sup>(三)</sup>ほぼつぎの判決例に代表されているように思われる。<sup>(四)</sup>すなわち、「労働基準法第二六條が特約のない限り、平均賃金の『百分の六十』の休業手當の支拂を要求するにとどめている點に徴すれば、同條は使用者の立場を考慮しつつ右民法の規定の要件を緩和して、その適用範圍を擴張することにより、一定の限度において労働者の地位

を保護しようとするものであると解することができる。すなわち、民法にいう『債権者の責に歸すべき事由』とは、債権者の故意・過失又は信義則上これと同視すべきものを意味するものとして、極めて狹義に理解せられているのであるが、本條の『使用者の責に歸すべき事由』とは、これよりもひろく、企業の經營者として不可抗力を主張しえないすべての場合（たとえば、經營上の理由により休業する場合）を含むものと解すべきである。なお、このほかに、民法第五三六條第二項の歸責事由のほうで、労働基準法第二六條のそれよりも廣いとする判決例の考え方もある（五）が、今日においては、後説のごとき立場が、だいたい支配的な見解となつているとみられるのである。

しかしながら、この通説の見解をも含めた右の考え方に対しては、必ずしも批判がないわけではない。すなわち、通説・判例のような民法第五三六條第二項と労働基準法第二六條との二元的なとらえ方では、兩條の構造的な把握が不統一的なものとなる。しかも、このような把握の仕方では、いわば「民法的な」故意・過失のみが歸責事由の問題となつてくるにすぎない。このことから、經營障害については、使用者の故意・過失を立證しない限り、一般的・原則的には常に減額された反對給付請求権のみが考えられるという結果を生ずる。しかし、ブルジョワ取引法上の私法的請求権は、原則として全額請求権であるべきはずである。そうでないと、労働力なる商品についての私法的請求権は、他の商品以下のものとなつてしまふ。これでは、せつかく労働力賣買を雇傭という法的形態——對等人格者間の労働力（商品）と對價との等價的交換關係——として把握し、まさにそうすることにより理念的に貫徹していた古典的ブルジョワ法原則が、貫徹しないこととなつてしまふのである。通説の見解に對する批判はかかる立場から、民法第五三六條第二項の歸責事由の範圍を不可抗力でない場合と解しうると説いている（六）。そして、「労働法上の休業それ

自體については元來危険負擔の要素を帶び、したがつて反對債權たる賃金全額請求權がみとめらるべき」であるとしている。

ところで、當面問題としてゐる民法および労働基準法に規定する歸責事由の範圍を、どのように解決していつたらいいかということの一つの鍵は、通説的見解に批判を浴びせた第三説にもわずかながら取り上げられていた、つぎの點にあるように思われるのである。すなわち、雇傭ないし労働契約に關する危険負擔の場合においても、民法第五三六條第二項の規定する歸責事由の範圍を、傳統的・固定的に過失責任の原則を基準として解釋しなければならぬのかという點がこれである。この點について、わたくしは結論的にいへば、民法第五三六條第二項の歸責事由の範圍は、とくに雇傭ないし労働契約の場合に限り、通説よりも廣く解釋することができると考えられるのではないかと思ふのである。そこで、以下において、この點に關する論證を進めてゆくこととする。

(一) 淺井博士の危険負擔における歸責事由の研究については、つぎのような諸作がある。「労働契約に於ける危険負擔序説」(労働契約の研究、二二五頁以下)、「歸責事由に關する一考察」(立命館大學論叢七輯、法政篇二號、なおこの論文は參照する機會をもたなかつた)、「債權法に於ける危険負擔の研究」(一二五頁以下)、「危険負擔論」(法學理論篇七四、前著と「労働契約に於ける危険負擔序説」とを壓縮したもの)、「休業手當の法律的性質」(労働基準、五卷五號、一頁)。

(二) 末弘博士「労働基準法解説(一)」(法律時報、二〇卷三號、二五—六頁)參照。

(三) 寺本(廣作)氏「労働基準法解説」二〇六頁。

(四) 東京地裁・國際産業事件、昭二五(三)二一五四號、同・八・一〇決定、「労働關係民事裁判例集」一卷四號、六六六頁。同趣旨の判決例としてつぎのものがある。東京地裁・日本油脂王子工場事件、昭二四(三)四〇三六號、昭二六・一・二三判決、「同上」二卷一號、六七頁以下。宮崎地裁・宮崎農機製作所事件、昭二四(三)九九號、昭二六・一・三〇判決、「同上」三卷六號、五五八

頁。大阪地裁・カルケット食品事件、昭三〇(四)一〇九五號、昭三〇・一二・一七決定、「同上」七卷一號、一一五頁。

學說としては、淺井博士「危險負擔論」七八頁以下、同「休業手當の法律的性質」(前掲)、松岡教授「條解勞働基準法」(三訂版)一五四頁、吾妻教授「勞働基準法」(コンメンタール篇)一二〇頁などが、説明の仕方に多少の相違がみられるが、ほぼこの立場をとつておられる。

(五) 東京地裁・日本特殊鋼管事件、昭二五(三)二九九號、同・四・二一決定、「勞働關係民事裁判例集」一卷二號、二五八頁は、「特約なき限り、右第二十六條が『百分の六十』の休業手當を支拂うべきことを要求するにとどめている點に徴すれば、同條にいう『使用者の責に歸すべき事由』とは、民法第五三六條にいう『債權者の責に歸すべき事由』よりは範圍がせまく、休業するに付き、使用者側に不可抗力まではいたらないが、或る程度やむを得ない事情(主として、經營經濟上の理由に基づくものであつて、たとえば、休業しなければ、企業が將來成り立たないというような事情)が認められる場合に限り右第二十六條の適用がある。(しかく解することによつて、使用者が經營者として有する利益と勞働者の最低限度の生活を調和させることができるのである。)(傍點||引用者)

(六) 宮島講師「休業並びにロック・アウトと賃金請求權」(判例研究)季刊勞働法、二〇號、一一五頁。

## 二 雇傭ないし勞働契約における危險負擔と債權者の歸責事由

民法第五三六條第二項の「債權者ノ責ニ歸スヘキ事由」の解釋については、一般に債務不履行(民法第四一五條)における「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」の解釋と同義であると考えられている。そして民法第四一五條に關する通説的見解にしたがえば、それは過失責任の原則から、債務者の故意・過失および信義則上これと同視すべき事由であると解され、これらの歸責事由による以外の責任の成立が否定されているのである。<sup>(一)</sup>

ところで、危險負擔に關する債權者の歸責事由について、もつともよく理論的根據を提供されている淺井博士は、つぎのような論理構成をたどられた上で、通説の示す結論に同調されておられる。すなわち、債權者危險負擔主義の妥當する契約（民法第五三四條所定の契約）においては、一方の債權の存否に關係なく他方の債權は存續する。これに反して、債務者危險負擔主義の妥當する雙務契約においては、一方の債權の維持は他方の債權を維持する所以となる。

したがつて、ここでは、一方の債權者に對し他方の債權者の權利を喪失せしめないために、自己の債權を支持すべきことの強要が考えられる。そして、この強要をどのような意味に解すべきであらうかと問題を投ぜられる。「いつた

い雙務契約上の各債務は相互に原因的かつ條件的關係において發生し、本來內的に依存するものである。そして、各債權債務は雙務契約上の債權關係という一の統一的關係のうちに綜合され、各債權者はその債權關係の一方の擔い手たる地位において當然に同時に債務を負擔し、その債務を本旨に従つて實現することは同時に自己の債權を支持する所以となつてゐる。従つて、その反面には債權者が相手方の債權（債權者自己の債務）を支持し實現せしめるためには自己の債權をも正當に支持しなければならぬ。いわば雙務契約の本質上、各債權者はそこから生ずる債權關係の一方の擔い手として自己の債權をも支持すべき義務を負ふ。雙務契約——特に債務者危險負擔主義の妥當する——における債權について民法はそうした意味において債權者に對して一定の容態を強要している。従つて、債權者が自己の債權を給付不能ならしめる容態は債權支持義務違反として違法であるといわねばならぬ。だから、債務者危險負擔を債權者に轉嫁する契機として民法が用いるところの債權者の歸責事由（民法第五三六條第二項參照）は債務者の歸責事由と全く同一に解さねばなるまい」（傍點＝引用者）と論定されるのである。この淺井博士の見解が通説のように故意・過失

をもつて單なる債權者（または債務者）の心理的事實と理解することにより、第四一五條と第五三六條第二項の歸責事由の範圍を同一視しようとするプリミティブな見解に對し、雙務契約の本質から結論を引き出されたことは、たしかに一つの卓見と評價してよいであろう。のみならず、博士のこの見解は戰前にこれを投ぜられたときと異なり、今日においてはすでに實定法上の根據（民法第一條第二項）をもつものとして、支持しうるところとなつてゐる。すなわち、雙務契約における信義誠實の原則から、債權者の債權支持行爲は法律上の義務として要請されている、ということができるのである。しかしながら、當面の課題を解決しようとする立場からは、問題はまさにこの先にあるように思われるのである。

まず、博士が「債權者が自己の債權を給付不能ならしめる容態は債權支持義務違反として違法である」とされる場合、この債權支持義務違反としての違法性は、民法第五三六條の適用をみる雙務契約上のあらゆる種類の債權について等價值性をもつものであろうか、という疑問が生ずる。元來ある行爲の違法性については、法によつて保護されるべき利益の態様により、強弱輕重の差があつてもよいはずである。<sup>(三)</sup>例えば、家屋の賃貸借や建築の請負において、借家人・注文者のなんらかの債權支持義務違反の行爲により、家屋の給付ないし建築の完成が不能となつた場合、それにより喪失する家主および請負人の利益は、給付の目的とされた家屋または未完成品に具體化された勞働の結果である。したがつて、この場合に要求される債權者の債權の支持義務は、あくまでも債務者のいわば私的利益を維持するためのものにすぎないのである。しかも、この私的利益たるや、原理的には當該債權者・債務者が相互にその立場を交換しうる可能性のあることを前提として、相互に享受しうる可能性のある利益なのである。したがつて、このよう

な私的利益の喪失を結果させる債權者の債權支持義務違反の行爲は、市民法秩序の上では、違法性の強度な行爲と意識されないのである。ただし、この場合においては、別に債權者の責任の負擔を加重せずとも、債權者の債權支持義務違反によつて生ずる不利益の公平な分擔が、總社會的には十分に保障されていることとなつてゐるからである。

しかるに、雇傭ないし勞働契約において給付の目的とされる勞働力は、「人間の身體すなわち生きた人的存在のうちに實存して彼が何らかの種類の使用價値を生産するたびに運用する、肉體のおよび精神的な諸能力の總計」<sup>(四)</sup>である。しかも、この勞働力は、勞働者がその生活資料を獲得するための唯一の源泉となつてゐるものである。したがつて、債權者の債權支持義務違反によつて生ずる勞働力の滅失（即時的・絶對的な滅失）は、勞働者およびその家族をも含めた生活の破壊、すなわち勞働力再生産機能の否定を結果することに通じてゐることとなる。そして、このことは資本制生産社會の總體にとつて（總資本の立場）、資本主義的生産を恒常的に繼續してゆくにあたり、放置しえぬほどの由々しい問題を含んでゐるのである。だから、資本制生産社會においてさえ、勞働者の生存權に重大なかかわりをもつ勞働力の滅失防止のために、なんらかの制度的保障をもたなければならないことが、社會的に要求されてくるのである（例えば、災害補償制度）。かかる觀點から、雇傭ないし勞働契約上の債權者（使用者）の債權支持義務違反によつて滅失する債務者（勞働者）の利益を考へてみると、それは勞働者の「人格」、すなわち生存それ自體である。しかも、その利益は、一面において勞働者個人の私的利益であると同時に、他面においてそれをこえた社會的ないし國家的利益であるにほかならない。さらに、この場合は家屋の賃貸借・請負の場合と異なり、原理的には當該債權者・債務者の地位が絶對的に交換しえぬ關係にあるため、債權者の債權支持義務違反によつて蒙る不利益は、常に絶對的に債



務者の側に固定されているわけである。この意味において、債權者に要求される債權支持の度合は、前例の場合と比較して強化する社會的な必要があるのである。したがつて、この場合は、債權支持義務違反の違法性の度合が強化され、またしたがつて、責任の度合も加重されてしかるべきであらう。けだし、かくすることによつてのみ、債權者の債權支持義務違反により生ずる不利益の公平な負擔が期せられると考えられるからである。

このように、とくに雇傭ないし勞働契約の場合に限つて、債權者の責任を加重しなければならない實質的理由を認めるとして、民法第五三六條第二項の歸責事由の範圍が、いかなる程度まで擴張できるかは問題であらう。この點、オーストリア民法および同裁判所のとる態度には、問題の解決にあたり参考に價すべきものがすくなくないように思われる。

オーストリア民法第一一五四條b第一項は、被傭者が少くとも一四日の勞務給付後、疾病または災難 (Unglücksfall) により比較的短き、だが一週間をこえない期間、故意または重大な過失をおかすことなく勞務の給付を妨げられたとき、また被傭者が自己の人格 (Person) にかかわる事由・その他重大な事由により、過失なく勞務給付を妨げられたときには、反對給付請求權 (Anspruch auf das Entgelt) を失わない旨を規定する。

ところで、右の規定に現われた重過失についての解釋は、被傭者が經營の外部にある場合と内部にある場合とで、かなり巾のある取扱方をされているようである。<sup>(五)</sup> 例えば、市街電車からの跳び降りによる負傷の場合 (Gew. G. Wien 29. 11. 1917, Arb. 2867) や、たび重なる強い警告を無視して保健施設を利用しなかつたことによる疾病の場合 (Gew. G. Leoben 14. 7. 1927, Arb. 3745) には、被傭者の重過失を認め、反對に年少の助手 (Hilfsarbeiter) が休憩時間中

鬼ついで木に登り事故を起した場合(Arb. G. Wien 2. 10. 1947, Arb. 4919)とついで、被傭者の重過失を否定してゐる。このオーストリア裁判所における重過失概念の振巾は、労働者の生活に重大なかかわりをもつ賃金については、なるべく使用者の責任を免脱させまいとする配慮の現われとみることができよう。同じような解釋上の配慮は、自己の人格にかかわる事由・その他重大な事由という規定の「重大な事由」の解釋についても見られる。<sup>(六)</sup>すなわち、當初裁判所は鐵道ストにより、定時の労働開始を妨げられた場合を「重大な事由」からはずしていたが(EA. Wiener Neustadt 19. 1. 1921, Arb. 3008)、最近におつては、大規模な交通機關の一時的停止による労働給付の障害を「重大な事由」に包含することによつて(Arb. G. Wiener Neustadt 3. 9. 1948, Arb. 4900)、被傭者の賃金請求權の維持をはかうとしてゐる。このようにオーストリア民法第一一五四條b第一項では、労働者保護の社會的配慮から、立法的にも解釋上も被傭者の責に歸すべき事由の範圍が限定されて、雇傭ないし労働契約上危険負擔の適用さるべき分野の擴大が意圖されてゐるのである。そして、同民法第一一五五條第一項は、あたかもこれと對應するかのやうに、反對の方向より使用者の危険負擔における歸責事由の範圍の伸張をはかつて、債務者が危険を負擔すべき領域たる兩當事者の責に歸すべからざる事由の範圍の制限を試みてゐるのである。

オーストリア民法第一一五五條第一項は被傭者が給付の準備を完了したが、使用者の側に存する事由(Unstände, die auf Seite des Dienstgebers)により労働の給付が妨げられた場合には、被傭者は實現しえなかつた労働給付に對しても反對給付をうけうること、および被傭者が労働給付の中止の結果節約しえたもの、または他に利用することにより取得しえたもの、あるいは故意に取得することを怠つたものを控除すべきことを規定する。

ここでは、「使用者の側に存する事由」が、雇傭ないし勞働契約における債權者危險負擔の場合の歸責事由として掲げられている<sup>(七)</sup>。そして、この「使用者の側に存する事由」の意味については、通説にしたがうと、勞務の給付不能を生じさせた障害事由について使用者の故意・過失を必ずしも必要とせず、使用者の人格・財産および經營に關する事變 (Zufälle) で十分であると解釋されてゐる<sup>(八)</sup> (E.A. Wien 21. 4. 1923, Arb. 339; E.A. Wien 29. 12. 1925, Arb. 3576)。つまり、オーストリア民法においては、今日、もはや使用者の故意・過失というような主觀的な歸責事由に左右されることなく、使用者は雇傭ないし勞働契約上の危險を負擔しなければならないことが原則化されているようである<sup>(九)</sup>。そして、このことから、裁判所の解釋は一步を進めて、地震・火災・落雷・洪水等々の自然力による事變の場合を除き、使用者は自己の勢力範圍に (in der Sphäre des Dienstgebers) 生じた「不可抗力」 (höhere Gewalt) によつて、危險を負擔しなければならぬと主張するべきである (E.A. Wien 29. 12. 1925, Arb. 3576; E.A. Linz 8. 3. 1923, Arb. 3153; E.A. St. Pölten 4. 8. 1924, Arb. 3320)。そして、この使用者の歸責事由に關するかなり巾廣い解釋基準から、<sup>(一〇)</sup> どのような事例が「使用者の側に存する事由」の範疇に内包されるにいたつたかを、つぎに網羅的に眺めてみよう。

まず流水作業における濁水 (K.G. St. Pölten 8. 5. 1924, Arb. 3262) 經營外部における電流障害 (E.A. Wien 29. 12. 1925, Arb. 3576; L.G. Wien 24. 8. 1928, Arb. 3845) 及び勞働者個人の過失による熔鑄爐の冷却 (E.A. Wien 21. 4. 1923, Arb. 3339) 假處分及び傳導メーターの除去 (E.A. Wiener Neustadt 19. 12. 1922, Arb. 3136) 戰爭を條件とする事業の休止 (OGH. 22. 6. 1915, GIUNF. 7500) による勞務給付の障害が「使用者の側に存する事由」

にもとづく給付不能と考えられている。これに反して、不景氣を理由とする場合(EA. Klagenfurt 3. 12. 1924, Arb. 3399)、「労働組合に所屬する労働者が勞務放棄を強いられた場合(Gew. G. Judenburg 19. 10. 1927, Arb. 3751)」「未組織労働者と共同作業に従事することを拒絶する場合(BG. Werfen 17. 4. 1923, Arb. 3397)」「水害が不可避免的な自然力とみられる場合(EA. St. Pölten 4. 8. 1924, Arb. 3320)等々が、「使用者の側に存する事由」からはずされるものとみている。そして、「材料の缺乏・機械の破損等による一般的な經營障害の場合には、「使用者の側に存する事由」と觀念され、就勞希望者にたらする賃金支拂の責任が使用者に課せられると解されているが(OGH. 23. 8. 1921, SZ. III 84; Arb. G. Wien 6 Cr 437/51. Ind. 1951, Nr. 11, S. 3)部分ストによる經營障害の場合に<sup>(11)</sup>ついても、同様に就勞希望者は反對給付請求權を失わなうと考えられている(11)(EA. Leoben 23. 1. 1920, Arb. 2916; EA. Dornbirn 7. 7. 1923, Arb. 3177; EA. St. Pölten 6. 5. 1925, Arb. 3452)。

かように、「オーストリア民法第一一五條第一項の「使用者の側に存する事由」という語句は、「雇傭ないし勞働契約上の危険負擔において使用者がいわば無過失責任を負わねばならないことを表現したものである。そして、裁判所はこの表現の意味を洞察して、使用者の勢力範圍に生じた事變がたとえ不可抗力的性格を有する場合にも、なおその事變を使用者の歸責事由のうちに包攝していつたのである。かかる危険負擔における使用者の歸責事由についての態度は、前述した雇傭ないし勞働契約の本質に照し、當然かくあらねばならない指導原理を指示したものといつてよいであろう。わが民法第五三六條第二項は、オーストリア民法のように雇傭ないし勞働契約の危険負擔につき別個獨立の規定として存在するものでなく、なお過失責任の一般原則に貫かれた危険負擔一般を規律する規定としておかれて

いる。このような關係から、ただちにもつて、オーストリア民法について明かにされた、使用者の歸責事由に關する意味内容を、解釋基準として轉用するわけにはいかない。しかしながら、たとえ規定形式の上に差異がみられるにせよ、彼我の間に雇傭ないし勞働契約に關する本質上の差異があつてよいはずはなからう。また、わが國の場合、民法第五三六條第二項のほかに休業に關する危險負擔につき、勞働者保護の立場から、民法とほぼ同形式の勞働基準法第二六條がおかれてゐる。このことから、雇傭ないし勞働契約における危險負擔が、危險負擔一般を規定する民法第五三六條第二項の從來の解釋から、切り離されて考えられてもよいのだといえないこともなさそうである。このように考えると、雇傭ないし勞働契約に關する限り、民法第五三六條第二項の債權者の歸責事由をば、オーストリア民法が指示する指導原理ないし意味内容に、できるだけ近似させて解釋する合理的根據がまつたかないわけではないのである。したがつて、民法第五三六條第二項の債權者の歸責事由は、今日、勞働基準法第二六條の通說的見解として通用する、使用者として不可抗力を主張しえないすべての事由と考えることが許されるであらう。

(一) 民法第四一五條の歸責事由に關する現今の通說的見解は、本文のごときものである（我妻教授「債權總論」六八頁、なお「債權各論」上巻、一一一頁）。しかし、歴史的には、この歸責事由は債務者の故意・過失と觀念されていて、現今の通說的見解よりも範圍が狹少であつた（石坂博士「債權總論」上、四八七頁、鳩山博士「日本債權法（總論）」一三四頁、なお同「日本債權法（各論）」上、一三五頁）。この狹義に解せられていた歸責事由は、その後主として履行補助者の故意・過失をも信義則上債務者個人のそれと同視しようとする方向に範圍をひろげられた（現今の通說）。そして、さらに、債務者の精神上・肉體上の缺陷、資力缺乏のごとき人的事由はことごとく歸責事由に含まれると解釋されるにいたつてゐるのである（近藤・柚木博士等「註釋日本民法（債權編總則）」上、一二八頁）。このように、歸責事由を債務者の故意・過失よりも廣く不可抗力以外のすべての

事由であると解する學說も少くないが(勝本博士「債權總論」上、三三〇頁、末弘博士「債權總論」(新法學全集)九卷、五三頁、川島教授「債權法總則講義」第一、九三頁)、これらについて「その結論は大きなものの如くである」ともいわれている(我妻・前掲「總論」六九頁)。

判例の傾向は、履行遲滞について初期においては、民法第四一五條前段が單に「履行ヲ爲ササルトキ」と規定するところに根據を置いて、債權者は債務者の故意・過失のいかんにかかわらず損害賠償を請求しうると廣く解していた(大審院・明四〇(㊦)四〇一號、同・一一・二判決、「民錄」一三輯、一六七頁、大審院・明四一(㊦)一一號、同・二・一五判決、「民錄」一四輯、一〇一頁など)。しかし、その後の判例はむしろ前述した通説的見解のほうに落ちついている(大審院・大九(㊦)九四六號、同一〇・一・一二判決、「民錄」二七輯、一九七八頁、大審院・大一二(㊦)五六九號、同一四・二・二七判決、「民集」四卷、九七頁など)。

(二) 淺井博士「危険負擔論」三八頁。なお「債權法に於ける危険負擔の研究」一四八頁參照。

(三) 淺井博士「債權法に於ける危険負擔の研究」一三一頁參照。

(四) マルクス・長谷部譯「資本論」(青木文庫)第一部第二分冊、三二五頁。

(五) Wahle, Das Angestellten-und Arbeiterrecht, 1963, S. 739.

(六) Wahle, a. a. O., S. 740.

(七) オーストリア民法第一一五五條に「使用者の側に存する事由」が、雇傭契約上の危険負擔における使用者の歸責事由として掲げられるにいたつた立法史的考察については、八木(淺井)博士「労働契約に於ける危険負擔序説」(労働契約の研究)二二三四頁以下を參照。

(八) Wahle, a. a. O., S. 742. 々々 Wolff, Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts, 1948, Bd. 2, S. 207. は使用者の過失および人格・經營(Betrieb)における事變を使用者の歸責事由として云々。

(九) オーストリア民法第一一五五條(一八二一年(一九二一年一部改正で今日の規定形式となる))では、使用者の過失のほかに「使用者の人格内に生じた事變」をも使用者の歸責事由としていたが、なお過失責任が原則であつたようである。Vgl. Stubenrauch,

Commentar zum österr. allgem. bürgerlichen Gesetzbuche, 1903, Bd. II, S. 424 ff.

(10) Wahle, a.a.O., S. 741 ff.

(11) なお、ストライキによつて使用者の受領していた労働が利益を生まずまた浪費された場合でも、就労者は反対給付請求権を失わなうとされうる。(B.G. Eberstein 8. 11. 1926, Arb. 3638) Wahle, a. a. O., S. 743.

### 三 債権者の歸責事由と不可抗力の範圍

民法第五三六條第二項の債権者の歸責事由を右のように把握した場合、債権者(使用者)側の免責事由たる不可抗力の範圍をどの程度まで承認したらよいのか、ということが問題となるであろう。換言すれば、不可抗力の範圍を確定することによつて、いわば外側から債権者の歸責事由の範圍の限界を改めて確認しようというわけである。というのは、すでに考察してきたオーストリア民法の「使用者の側に存する事由」については、かなり巾の廣い解釋がなされていたが、なお使用者の歸責事由とその免責事由たる不可抗力の接着點に、若干の不明確さがあつたかに思われたからである。そのため、例えば勞務の給付不能の原因となつた企業外部の電流障害や戰爭を條件とする休業が使用者の歸責事由とされ、反對に不景氣を理由とする休業が免責事由と考えられたように、解釋上疑義を残すような扱われ方がなされていたようである。このいわば解釋上の混亂は歸するところ、使用者側の免責事由たる不可抗力の範圍を明確化することにより、整序しうるものと思えるからである。

ところで、不可抗力の範圍については、從來、主として運送人・場屋人の免責事由に關連して考えられていた。しかし、不可抗力は自然科学上の概念ではないのであるから、その内容についても、それぞれの場合に應じて確定しなけ

ればならないものといえよう。<sup>(一)</sup>そこで、雇傭ないし勞働契約上の債權者の免責事由としての不可抗力の範圍を検討するわけであるが、その場合の手掛りとして、從來より主張されてきた三個の學說が存在する。<sup>(二)</sup>したがって、當面の問題にこれらの學說を適用しつつ、検討を進めてゆくこととする。

まず主觀説にしたがえば、不可抗力は「良家父の注意」<sup>(三)</sup>をもつてしては足らず、義務者において最高至大の注意(güßersten, peinlichsten Sorgfalt)をもつてしても、なお免れることのできない事變と觀念される。<sup>(四)</sup>換言すれば、主觀説においては、無過失ないし責に歸すべからざる事由を不可抗力と考えるのである。そして、その考え方の基礎には、「過失なければ責任なし」という民法の一般的責任原則(過失責任)が底流しているのである。<sup>(四)</sup>したがって、わが民法第五三六條第二項の債權者の歸責事由には、なお過失責任の原則が一般的に貫れていることを考えると、この場合の不可抗力についても、主觀説的な把握の仕方が妥當するといえるかもしれない。しかし、既に眺めたように、雇傭ないし勞働契約の場合に限り、債權者の歸責事由を無過失的な責任事由の範圍まで擴大してもよい合理的根據があるのであるから、主觀説に拘泥することは望ましくないわけである。そして、このことは、さらにつぎのような理由からも根據づけられるようである。

わが勞働基準法第七五條は勞働者の業務上の負傷または疾病につき使用者に無過失責任を負わしている。本條は勿論使用者の不法行為責任に對する例外的な規定である。しかし、使用者の不法行為責任と債務不履行の責任とは、原理的に歸責事由に關する差異がなく、<sup>(五)</sup>また前述のように債務不履行上の違法性と危険負擔における債權者の違法性として區別する理由もないので、勞働基準法第七五條の規定は、債權者危険負擔における債權者の責任を考へる場合



に、全く關係がないものともいえないのである。そこで労働基準法第七五條が無過失責任を定めた趣旨を考えてみると、<sup>(六)</sup>第一に近代産業における生産工程が著しく複雑かつ大規模化したため、労働者の災害率がきわめて増加したことである。そして、この複雑かつ大規模な生産工程においては、被害者である労働者が使用者側の施設その他勞務管理につき、過失あることを立證することが困難なことである。<sup>(七)</sup>第二には、賃金が生活の唯一の源泉である労働者は、労働災害によりただちに自己およびその家族の生活が破壊される。しかも、このことは資本主義的生産に必要な労働力の恒常的な確保を困難化し、窮極的には資本主義經濟組織の機構的破綻を結果さすことである。このような各種の事情を綜合勘案して、被災労働者の労働力の維持保全を目的に、使用者に無過失責任を負担させたのが本條の趣旨である。この労働災害に關する労働基準法第七五條の趣旨と經營障害ないし爭議行爲による勞務給付上の危険とを對比してみると、第一に、労働災害に比してこれら勞務給付上の危険は、それほどの高率を占めるものといえないかもしれない。だがしかし、これら勞務給付上の危険が今日すでに社會的に無視しえなくなっていることは、それらの問題が決して數量的にも少なくないことを意味するものといえるであろう。そればかりではなく、諸經營機關の有機的結合により遂行される現代の企業經營においては、<sup>(八)</sup>經營障害等の發生につき使用者の故意・過失を問責することには、これまた立證技術上多くの困難性があるようである。さらに、債權者危険負擔における債權者(使用者)の責任を否定すること、すなわち、債務者(被傭者)の賃金請求權を否定することは、そこから生ずる社會的效果において労働災害の場合と等質的なものをもつようである。ただし、勞務の給付不能が労働過程で生じた場合と流通過程で生じた場合とで、給付不能から生ずる社會的效果の上に質的な差異が現われるとは、どうしても考えられないからである。したが

つて民法第五三六條第二項の場合も、少くとも雇傭ないし勞働契約については、勞働基準法第七五條の趣旨を斟酌して、債權者に無過失的債權支持の責任を認めて差し支えないのであるまいか(この點については、前述二で論じたことも併せ参照)。このように民法第五三六條第二項の債權者の責任を考えてゆくと、その免責事由たる不可抗力を債權者の主觀的事由のみで考察することは、餘りにも不可抗力の範圍を擴大しがちとなつてしまふ。そこで、この場合にはどうしても、客觀説を加味して不可抗力の範圍を確定する必要がでてくるのである。

客觀説の主張する不可抗力とは、事變の原因が經營外部にあり、經營と無關係な自然的な自然力または第三者の行爲により經營内部を侵害し、かつ通常その發生を豫期しえないような重大な事變であると觀念されてゐる。<sup>(九)</sup>客觀説は、不可抗力がローマ法上のレセプツム(receptum)責任の例外たる免責事由として現われたという沿革的な理由にもとづいて、不可抗力の範圍も客觀的標準から決定しなければならぬと主張するものである。このことは、不可抗力の論理的前提とされたレセプツム責任が、荷送人は自己の荷物のレセプツム(受領)のあつたことを立證することにより、ただちに荷物の滅失毀損の責を運送人に問うことが許される、という性格のものであつたことから導びかれるのである。けだし、この場合不可抗力を考へるにあたり、運送人の過失を問題とするかぎり、レセプツム責任の存在が無に等しい結果となつてしまふからと考へられるからである。

ところで、雇傭ないし勞働契約上の使用者の責任は、前述のように、無過失的責任を承認していい理由がある以上、觀念的には運送人と同列の地位に位置ずけても差し支えないはずであらう。したがつて、雇傭ないし勞働契約に關する危険負擔の場合も、債權者の免責事由たる不可抗力の範圍は、客觀的標準で測られてよいのではないかと思わ

れる。このように考えてくると、少くとも企業内部の事變、すなわち企業施設・機械器具などの故障、停電、原材料の缺乏および工場焼失などは債權者として不可抗力を主張しえない事由とみられてよい。これに反し、企業外部の事變で、發生の態様・重大性により通常發生を豫期しえないもの、すなわち、地震・落雷・洪水などの天災地變あるいは戰爭などは不可抗力といえるであらう。<sup>(一)</sup>そして、この中間地帯に屬すると思われる事變、すなわち、他企業のストライキによる原材料の缺乏・停電および休電・部分ストなどのように、使用者としてその發生を通常豫期しうると考えてもよいような事變は、不可抗力の範圍からは無條件的にはずされていると見られるわけである。このように、不可抗力の範圍を客觀說でとらえる場合は、かなり労働者の賃金喪失という不利益(社會的にも)を回避しうる場合が多くなり、雇傭ないし労働契約の本質からする要求に合致することとならう。しかしながら、オーストリア民法第一五五條の場合なら格別、わが民法第五三六條第二項においては、いまだ使用者(債權者)に無過失責任を立法的に肯定したとはいえない。まさに、この限りにおいて、民法第五三六條第二項の使用者(債權者)の免責事由につき客觀說を全面的に適用することは、過失責任を一般責任原則とする民法秩序の上において、解釋上の妥當性を得られないのである。<sup>(二)</sup>

かくして問題の妥當な解決は、經營外部の事變であつて、かつ義務者(債權者)においてこの事變を防止するにつき無過失であるようなものが不可抗力である、とする折衷的立場へと移行せざるをえないのである。この立場については、かつて鐵道事故に關する一九二七年四月七日のドイツ大審院判決が、その理論的内容をつぎのように明かにし<sup>(1)(ii)</sup>  
p. 520. (RG. 117 S. 12; JurW. 1931, S. 865.)

「不可抗力とは、事業に關係なき外的の自然力又は第三者の行爲によりて招來せられたる事故にして、人類の知識經驗を以てしては免るゝことを得ず、且つ經濟上可能なる方法と事情に應じ合理的に期待し得らるべき最大の注意を以てするも、其の有害なる結果を防止し得ざるものであり、而して又かゝる事故の頻發の故に事業主に於いて既にこの事故を計算に算入して居るが如き種類のものに非ざる事故である。」

このドイツ大審院の判決を基準として、先に掲げた中間地帯に生じた事變について若干の考察をなしてみよう。まず、他企業のストライキによる原材料の缺乏は、もしそれが一得意先工場のストライキであるとかいうようなきわめて個別的障害にもとづく場合には、債權者は最大の注意をもつてすれば結果の發生を防止しうるのであるから、不可抗力とはいえないのである。それが不可抗力となるためには、かかる原材料供給の全産業がストライキに入り、原料の確保が一般的に困難となつた場合でなければならぬ。<sup>(一四)</sup> 第二の電氣産業労働者のストライキによる停電および渇水休電は、企業の性格上かかる事變を計算に算入しているような場合、あるいは自家發電裝置が設けられているにもかかわらず使用しないような場合には、不可抗力とは考えられない。<sup>(一五)</sup> 第三に、部分ストの場合は、經營外部に原因をもつ事變というよりも、むしろ經營内部の事變としての色彩が濃厚である。なるほど、「ストは法の保障する権利の行使であるから、使用者にとつては一種の不可抗力<sup>(一六)</sup>」と考えられないでもない。だがしかし、労働者にそのような權利を行使させる原因を與えたものが、經營内部での労働力取引に關する紛争にあつたのであるから、不可抗力でないと考えても差し支えないのであるまいか。たとえ部分ストを經營外的な事變とみても、労働市場が完全に労働組合によつて獨占されているなら格別、然らざる場合に漫然と經營を放置しておくことは、使用者として經濟上可能な方法

と事情に應じ、合理的に期待しえらるべき最大の注意をつくしたことにほならないであらう。(一七) 最後に親工場のストラ

イキにより、下請工場が經營障害に陥つた場合は、下請工場の親工場に對する密着度によつて考え方が分れてくる。

例えば、下請工場が生産構造上親工場と一體關係にある場合(規格品しか生産できないような場合)には、下請工場はもはや獨自性を失い親工場の一部門としか考えられないのであるから、その經營障害はむしろ企業内部に原因するものと考えられる。したがつて、この場合は、現象的には前述した部分ストの場合と同様に考えてよいのであるまいか。

つぎに、それほど下請工場が親工場と一體關係にない場合には、他企業のストライキによる經營障害と同様に、それが個別的障害であれば、下請工場の使用者は操業繼續のためにしうる最善をつくさないかぎり、その經營障害をもつて不可抗力と主張することができないのである。(一八)

(一) Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929, S.449 ff. は、さまざまな法律規定に現われる不可抗力の概念はさまざまな意味をもつので、折衷説(後掲)に依據するドイツ大審院の鐵道事故に關する判決をもつてしても、「崖の崩壊によりレールが埋まつた場合、自動車が柵を突破して列車と衝突した場合、乗務員が突然發狂した場合について鐵道の責任を説明すること」が困難であるとしてゐる。

(二) 不可抗力に關する學說については、後掲の外國文献のほか、加藤博士「羅馬ノ『レセプツム』ノ責任ノ法理ト後世ヘノ影響」(海法研究)二卷、二六六頁、松本博士「不可抗力ノ意義」(松本博士私法論文集)三三二頁、伊澤博士「不可抗力ノ意義」(民法雜誌)三卷、一頁、四卷、三五頁が詳しくある。

(三) Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1929, 5 C 1 § 701; Ennecerus, Lehrbuch des bürgerliches Rechts, 1930, Bd. 1, § 200. など主觀説の提唱者 Goldschmidt, Das receptumautarum, cauponum, stabulatorum (Zeitschr. f. das gesamte Handelsrecht, Bd. III.) は参照しえなかつた。

- (四) Enner, Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht, 1883, S.30.
- (五) 淺井博士「債權法に於ける危険負擔の研究」一二八頁以下。教授は不法行為と債務不履行との違法性を對比して、「不法行為制度は公共的色彩強き違法性による加害なき秩序維持を志向し、債務不履行は個人的色彩強き違法性による加害なき秩序維持を志向する。兩者は加害なき秩序維持を志向する點において一致しうる」とされた後、不法行為と債務不履行の場合とで秩序維持について法が要請する程度は異ならないから、その限りで兩者の主觀的責任條件を異にするいはれはないと論ぜられてゐる。
- (六) 吾妻教授「勞働基準法」(コンメンタール篇) 二八三頁参照。
- (七) Enner は、權利はそれがもとずく事實關係の立證が困難である限り有名無實であるという前提に立つて、近代企業の機構上の複雑さは企業主が容易に無過失の立證に成功するのに反し、被害者が企業主の過失を立證することはほとんど困難であることを指摘してゐる。(a. a. O., S. 54ff)
- (八) これまでに、勞働者の勞務給付の不能が民法第五三六條第二項の「債權者ノ責ニ歸スヘキ事由」にもとずくと認定した判決例は、わずかの四件である。すなわち、一件は會社が勞働者の出勤を理由なく拒絶した場合であり(大審院・エスエム合資會社事件、大四(四)三八三號、同・七・三一判決、「民錄」一一輯、一三五六頁)、つぎの二件は本工組合の部分ストの際に會社において容易に仕事と與えられるにかかわらず、臨時工に休業を命じた場合であり(東京地裁・日本油脂王子工場事件、昭二四(四)二一八五號、同・一〇・二六決定、「勞働關係民事事件裁判集」六號、一五一頁および昭二四(四)〇三六號、同二六・一・二三判決、「勞働關係民事裁判例集」二卷一號、六七頁)、他の一件は、新經營者が經營をのつとり、従業員をして半暴力的に辭職届を提出させた後、舊經營者が假處分にもとずき經營に復歸したにもかかわらず、舊經營者が従業員の就勞を拒否した場合である(東京地裁・中日本興業事件、昭二七(四)四〇二八號、同・七・九決定、同上、三卷四號、三五二頁)。
- (九) Enner, a. a. O., S. 86.
- (一〇) 加藤博士・前掲、二八四頁参照。
- (一一) ドイツにおいては、工場焼失・工場施設に缺陷のある停電・機械器具の損壞・原材料の缺乏に原因する經營障害について

は、使用者に就勞希望者に對する賃金支拂の義務があるとされる。しかし戦争・ゼネスト・原材料の一般的缺乏を原因とする經營障害の場合には使用者の責任が否定されている。もつとも、ドイツでは經營障害と就勞希望者の賃金請求權との關係は受領遲滞(ドイツ民法第二九三條以下、賃金請求權については第六一五條)の問題として扱われており、天災地變などの場合は、使用者の支配領域内に生じた經營上の危険ではないからという理由で、使用者の責任を否定しているのである。これらについては、Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S. 169ff; Rewille-Köst, Handkommentar zum Arbeitsrecht, Bd. I, 1953, S. 39ff. 參照。

(一二) 伊澤博士・前掲、三卷四號、四七頁以下は、「客觀説は被害者より立證の困難を除去することによつて一般公衆を保護するに適する。この際、法の意圖するところは、當事者双方の公平なる保護ではなく、義務者に結果責任を負はしめることによつて一般公衆の保護を計ることに存する。従つて過失責任主義を基調とする主觀主義折衷説は、之に適用せらるべきでないのである。然るに、こゝに問題とする場合(折衷主義の場合||引用者)に於ては、法は當事者双方を平等なる地位において公平に保護せむとして居るものであるから、一般責任原則に立ち歸ることは不當でない。過失の有無に關する立證の困難を残しても、結果責任を認むる場合に於ける程不當とせらるゝ理由はない」と述べられておられる。

(一三) 伊澤博士・前掲、三卷三號、九頁より引用。判決については、vgl. Enneccerus, a.a.O., § 200 Anm. 3. なお、平野義太郎氏は「この判決は、不可抗力が『事業に關係のない外的の力』とした點にあるのであつて、そのかぎり危殆責任の例外としての不可抗力を明かにせるものと解し、最高至大の注意をもつてするも、なほ且つまぬかれないとの要件は、この不可抗力概念が有する危殆責任の例外たる性質を妨げないのである」(「危殆責任と免責事由としての不可抗力反證」『民商法雜誌』六卷一二號、四六頁)と、客觀説の立場を明かにしたものとされている。

(一四) Oertmann, a.a.O., S. 170. なお、大濱教授「同盟罷業とニューサンス」(法律時報)二五卷二號、四七頁は、「電力を唯一の動力とする企業であれば電氣事業の獨占性に鑑み、送電の停止の伴う不履行は不可抗力によるものとみるほかないが、その罷業が普通の原材料を供給する企業におけるものであれば、その原材料は他から入手の餘地もあるので、輕率に不可抗力による

履行不能と斷定するわけにはいかない。もつともそれが著しく債務者の負擔を加重することになる場合には、債務者の責に任すべからざる事由による履行不能と解してよいであろう」とされている。この考察は、いわゆる取引法上の不可抗力（債務不履行の免責事由としての）を論じたものであるが、教授はさらにこれを労働基準法第二六條の場合に類推されておられる。この點、わたくしは賃金請求權を失わしめる使用者の免責事由としての不可抗力は、取引法上の不可抗力概念をもつて律することができないと主張するものであるが、教授の見解には參考に價するものがあると考え。また小町谷博士「ストライキは不可抗力か」（私法）一號、二五頁以下はストライキが不可抗力の要件を備えていても、常に必ずしも企業者の債務不履行の免責事由にならないとして、不特定物給付の場合を例示されている。

（一五） なお、松岡教授「條解労働基準法」（三訂版）一五五頁、淺井博士「危険負擔論」八四頁參照。

（一六） 吾妻教授・前掲、一二三頁。大濱教授・前掲、四六頁もストライキは不可抗力（ただし債務不履行の免責事由としての）であるとしているが、なおつぎのような限定を附されている。「労働者側から提出された要求が客觀的にみていかにも公正妥當なものであり、また使用者としても十分これを受けいれうる能力があるにもかかわらず、あえてこれを拒絶し、それがため遂に罷業にまで發展した場合、その他罷業が使用者の誠意の缺如、もしくは挑戦的態度にもとづくような場合には、それらの罷業は使用者みずから招いたに等しく、従つてこれを不可抗力として免責を主張することはできないものといわなければならない。」

（一七） 松岡教授・前掲、一五六頁は、この場合資材の價上りを理由とした休業と同様に考えてよいと思うといわれている。

（一八） 労働省労働基準局通牒（昭二三・六・一一、基收一九九八號）は、親工場のストライキの場合ではないが、親工場の經營難のため下請工場が休業に陥つた場合につき、使用者が操業繼續のため通常の經營者としてなしうる最善をつくさない限り、不可抗力を主張しえないとしている。

なお、ここで下請工場について考察した法理は、今日、造船・鐵鋼などの企業に多くみられる社外工の雇主の場合についても適用してよいと考えるが、これについては、後日改めて論述する機會をもちたい。



#### 四 民法第五三六條第二項と第四一五條および勞働基準法第二六條との關係

民法第五三六條第二項の債權者の歸責事由が、とくに雇傭ないし勞働契約に限り、債權者の故意・過失および債權者として不可抗力を主張しえないすべての事由と解釋しうることとなると、まず第一に本條と民法第四一五條との關係が問題となつてくるであらう。受領遲滞については、近時「債權をもつて、當該債權を發生させる社會的目的の達成を共同目的とする一箇の法律關係すなわち債權關係の中に包攝されるものであり、兩當事者は信義則の要求する所に從つて給付の實現に協力すべきものなりとする理論を徹底させるときは、債權者は信義則の要求する程度の協力を爲すべき法律上の義務ありとするを至當とする」<sup>(一)</sup>との學説が有力に主張されている。また雇傭ないし勞働契約においては、債權者の協力行爲をまつてはじめて勞務給付が實現するのであるから、債權者の協力行爲が債務者の給付行爲と密接不可分の關係にあること、および債務者の給付行爲の實現が反對給付たる賃金の受領にかかつていることから、債權者に勞務受領の協力をなすべき法律上の義務のあることを肯定するのが、一つの傾向となつてゐるようである。<sup>(二)</sup>

このように受領遲滞を債權者の受領義務違反という一種の債務不履行とみる場合、債權者の歸責事由の範圍いかなが問題となつてくるであらう。しかし、この場合にも、前述したところと同じ理由から、とくに雇傭ないし勞働契約に限つて債權者の歸責事由の範圍を債權者として不可抗力を主張しえないすべての事由にまで擴大する必要があるであらう。<sup>(三)</sup>またそのように解する實質的理由が他にもあるのである。というのは、雇傭ないし勞働契約の場合において、受領遲滞も民法第五三六條第二項の債權者の危險負擔も、ほぼ同一の法的概念と考えられるからである。ただ兩

者の差異は、前者が債權者の受ける効果の面から考察されるに對し、後者が債務者の受ける効果の面から考察される點に現われるにすぎないのである。すなわち、受領遲滞の客觀的要件は受領の遲滞であり、危險負擔のそれは履行不能である。しかしながら、勞働力は「生きた人的存在のうちに實存（する）肉體のおよび精神的な諸能力の總計」（前掲二の註（四）參照）である結果、保管に適せず、現在使用しえなかつた勞働力は永久にこれを回復しえないという性格をもつてゐる。したがつて、勞務の受領遲滞はただちに履行不能に轉化する必然性があるといえよう。また受領遲滞にもとづく損害賠償の實質の内容は、遲滞により失わらるべき賃金額に相當すると考えられる。ただ受領遲滞については、勞務の提供を必要とする點が異なるわけであるが、これとても、債務者が勞務給付可能の状態を準備したことを口頭をもつて債權者に通知すればたると解されるので、實際上はなんらの差異も生じないと考えられるのである。<sup>（四）</sup>このように兩者の客觀的要件がほぼ實質的に同一であれば、その主觀的要件も同一に解されて然るべきであるまいか。

第二に論じておく必要のある問題は、民法第五三六條第二項と勞働基準法第二六條との關係である。勞働基準法第二六條の「使用者の責に歸すべき事由」は、これまで使用者として不可抗力を主張しえないすべての事由であると解されてきていた（前述一で論じたところを參照）。したがつて、民法第五三六條第二項の歸責事由に關する以上の考察にしたがえば、兩者の間の歸責事由については、ほとんど差異がみられなくなるのである。換言すれば、兩規定とも債權者ないし使用者の「責に歸すべき事由」により、就勞希望者が勞務の給付を實現しえなかつた場合に、就勞希望者に全額賃金請求權を保障しているものといふことができるのである。この點において、兩規定の歸責事由の間に質的な區別をもうけている通說的見解と異なるものがあるのである。しかしながら、從來の通說的見解が勞働者の全額賃

金請求權を肯定するにあつて、物の利用・仕事の完成などを目的とする雙務契約にのみ妥當するような民法理論をそのまま踏襲することにより、債權者の歸責事由を故意・過失の點に固定化していたことには、前述のようにむしろ問題があつたのである。そして、そのような歸責事由の固定化のために、かなり廣い領域（例えば、經營障害や爭議行爲による休業など）において、就勞希望者の民法第五三六條第二項にもとづく賃金全額請求を、ほとんど否定するという不都合な結果を承認していたのである。また、このことと並んで、これまでの通說的見解は、勞働基準法第二六條の休業手當額を固定的・類型的に平均賃金の百分の六十として理解していた。しかし、このことは、同條の「平均賃金の百分の六十以上」という規定の「以上」についての意味を看過したものと見えるであらう。この點については、「ここに『平均賃金の百分の六十以上』といつてゐるのは、勞働協約又は就業規則で『百分の六十以上』の支給を請求しうる譯ではない」と解する學說もある。<sup>(五)</sup>しかしながら、勞働基準法第二六條の休業手當の問題は、あくまでも雙務契約としての勞働契約における危險負擔の問題である。つまり民法第五三六條第二項の債權者の危險負擔一般を定める規定から、勞働契約をとくに抽出したものが本條なのである。したがつて、まさにこのことのゆえに、勞働基準法第二六條により就勞希望者に賃金全額請求權が承認されなければならないはずであらう。だがそれにもかかわらず、「給料の全額としなかつたのは、（ただ單に）勞働者が債務を免れたことによつて償還すべき利益を控除した殘額を支拂わしめることにし、しかもその關係を劃一的に解決しようとする趣旨」<sup>(六)</sup>（括弧内＝引用者挿入）であつたからと考えることのほうがより合理的であるように思われるのである。

このように考えてくると、労働基準法第二六條の規定には、ほとんど存在意義を認めることができないのではないか、という懸念を生ずるであらう。しかし、本條には存在意義がまつたかないわけではない。というのは、労働基準法第二六條の規定する平均賃金の百分の六十「以上」の意味が、實は百分の六十「以下」の部分に法的意味をもたせていると考えられるからである。換言すれば、本條は休業手當としての全額賃金請求を就勞希望者に否定するものではなく、労働者保護の観点から、平均賃金の百分の四十以下については罰則をもつて支拂を確保するとともに（勞基法第二〇條一號參照）、私法上も強行規定として本條違反の特約を禁止しようと圖つて（七）いるものといえよう。ここに、民法第五三六條第二項と異つた労働基準法第二六條の存在意義があるのである。

- (一) 我妻教授「債權總論」（民法講義Ⅳ）一二八頁以下。
- (二) 外尾助教授「労働爭議と賃金請求權」（季刊労働法）二三號、六一頁以下。なお、本多助教授「労働契約と賃金」（同上）二五號、九八頁參照。
- (三) この點、ドイツ民法の通説は、受領遲滞については過失を要件としなうところから、危険負擔における債權者の歸責事由は問題とされず、もっぱら工場・機械・原材料などのいわゆる労働基底 (Arbeitssubstrat) の欠缺が中心課題となつたようである。これらについては、孫田博士「労働法論」各論上、二七四頁以下、および淺井博士「受領遲滞と給付不能」（労働契約の研究、とくに一八八頁以下）を參照されたい。なお Nikisch, Dienstpflicht und Arbeitspflicht, Festschrift für H.C. Nipperdey, 1955, S.81. は労働關係のような繼續的債權關係においては、使用者は日々の勞務の提供につき受領遲滞に陥らないと解しているが、疑問である。
- (四) 宮島講師「休業並びにロック・アウトと賃金請求權」（季刊労働法）二〇號、一二二頁參照。なお、來栖教授は「一步立入つて考えると、五三六條二項は危険負擔というよりは、債權者遲滞（受領遲滞）の場合の規定とみるべきではなからうか。そし

て雇主の責に歸すべき事由により労働者が、例えば負傷して、履行不能になつたという場合には、反對給付を受くる權利（賃金請求權）は發生せず、むしろ損害賠償請求權が發生すると解すべきであらうか」（債權各論、第二分冊、一八四頁）と疑問を提示されている。

（五）末弘博士「労働基準法解説」（法律時報）二〇卷三號、二五頁。吾妻教授・前掲、一二三頁。

（六）我妻教授「債權各論」上卷（民法講義V）一二二頁。

（七）宮島講師・前掲、一一五頁以下は、わたくしの見解と結論的にほぼ同一である。